Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Michel Ponsard

Avocat et Président de l'Association française d'étude de la concurrence

L'inefficience des gains d'efficience

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Le quarantième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 conduit à s'interroger sur les chantiers qui pourraient occuper l'Autorité de la concurrence dans les prochains mois et années. L'évolution de l'analyse concurrentielle par une meilleure prise en compte des gains d'efficience pourrait être l'un de ces chantiers importants. En effet le Rapport Draghi a incité la Commission européenne à faire évoluer sa politique de concurrence en renforçant son analyse dynamique des dossiers et en tenant compte davantage dans ses analyses de l'apport de l'innovation, mais aussi de la nécessité de renforcer le développement durable, pour in fine renforcer la compétitivité des entreprises européennes.

Bien que les gains d'efficience puissent permettre de sauver une entente restrictive de concurrence[1], un abus de position dominante[2] ou une concentration[3] si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence, l'analyse des décisions montre que si les gains d'efficience sont parfois invoqués par les parties et en conséquence examinés dans les décisions rendues par les autorités de concurrence, voire pris en compte pour partie, ils ne sont que très rarement déterminants pour sauver une concentration restrictive de concurrence ou une pratique anticoncurrentielle.

"L'analyse des décisions montre que [les gains d'efficience] ne sont que très rarement déterminants pour sauver une concentration restrictive de concurrence ou une pratique anticoncurrentielle."

Un test complexe

En matière de concentrations, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence de 2020 rappellent que trois critères cumulatifs s'imposent : les gains doivent être quantifiables et vérifiables, spécifiques à la concentration, et une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs[4]. L'Autorité précise que les gains doivent en outre intervenir en temps utile par rapport aux effets anticoncurrentiels[5]. Sont mentionnés à titre d'illustration les gains de coûts, du fait d'économies d'échelle ou de gains de productivité[6] pour autant qu'ils soient transférés à la collectivité, l'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs[7], les retombées économiques pour la collectivité et l'amélioration des capacités d'innovation et de renforcement des moyens de recherche et développement[8], l'amélioration de la compétitivité internationale[9] et les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales[10].

En matière d'entente, l'article 101, paragraphe 3, du TFUE et son équivalent français posent quatre conditions cumulatives : contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution, ou à la promotion du progrès technique ou économique ; part équitable du profit pour les utilisateurs ; caractère indispensable des restrictions ; absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, comme le rappelle par exemple la décision de l'Autorité relative au secteur des farines alimentaires[11].

En matière d'abus de position dominante, la Cour de justice, dans l'arrêt *Post Danmark I*, exige de l'entreprise dominante qu'elle démontre que les gains d'efficacité neutralisent les effets préjudiciables probables de la pratique sur la concurrence et les consommateurs, qui ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement en cause, que ce comportement est indispensable à leur réalisation, et qu'il n'élimine pas une concurrence effective.

Une absence de prise en compte déterminante des gains d'efficience dans les décisions de l'Autorité de la concurrence

En matière de concentrations, aucune décision ne ressort comportant une prise en compte déterminante des gains d'efficience permettant à eux seuls de sauver une opération portant une atteinte substantielle à la concurrence. Le Conseil d'État a, dès l'affaire *Pernod-Ricard/Coca-Cola*, posé un principe toujours en vigueur : les avantages qui ne profitent qu'aux parties, tels que les liquidités

dégagées par une cession ou les recettes fiscales pour le Trésor, ne peuvent constituer une contribution au progrès économique de nature à compenser les effets anticoncurrentiels d'une opération[12]. Dans son avis relatif à la fusion Boiron/Dolisos, le Conseil de la concurrence a relevé que bien que les parties aient chiffré des économies substantielles et une augmentation du budget de R&D, l'allègement de la charge fiscale ne pouvait être regardé comme un gain d'efficacité au sens économique, et que la contribution au progrès économique des investissements de R&D demeure difficile à évaluer compte tenu des aléas inhérents à la recherche[13]. Seule l'augmentation des moyens consacrés à la R&D a été jugée de nature à potentiellement accroître la probabilité de transmission des gains aux consommateurs, sans suffire à elle seule à emporter la décision.

Plus récemment, l'Autorité a, dans la décision relative à l'acquisition de Darty par la Fnac[14], écarté les gains de coûts allégués par les parties faute d'élément permettant de présumer leur répercussion sur les consommateurs, compte tenu de la stabilité des prix pratiqués par l'enseigne, tout comme elle avait déjà jugé, dans la décision relative à l'acquisition d'Imerys TC par Bouyer-Leroux, notamment que la simple mise en commun d'un savoir-faire ne suffisait pas à établir un gain de coût spécifiquement lié à la concentration, ce savoir-faire pouvant être acquis autrement[15].

Le constat est identique en matière d'entente. Dans la décision relative au secteur des farines alimentaires, l'Autorité a examiné les gains allégués par les meuniers regroupés au sein de France Farine[16] — centralisation de l'offre, optimisation logistique, développement de la marque Francine comme signal de qualité et moteur d'innovation — pour les écarter presque intégralement, le regroupement ayant surtout selon elle pour but de garantir aux actionnaires un niveau de prix stable. Les entreprises n'apportaient aucun élément chiffré sur les investissements en R&D ni sur l'ampleur de l'innovation revendiquée, et la nature indispensable des restrictions de concurrence n'était pas établie au regard du seul gain reconnu, à savoir le développement de la marque nationale.

En matière d'abus de position dominante, dans sa décision du 31 mars 2025 sanctionnant Apple au titre du dispositif de transparence du suivi publicitaire (ATT), l'Autorité a jugé que la conception et la mise en œuvre de ce dispositif n'étaient ni nécessaires ni proportionnées aux objectifs de protection de la vie privée invoqués, dans la mesure où elles compliquaient excessivement le parcours des utilisateurs d'applications tierces et faussaient la neutralité du dispositif[17]. Des modifications marginales suggérées par la CNIL auraient permis d'atteindre les mêmes objectifs sans un tel degré de complexité, excluant toute justification objective fondée sur des gains d'efficacité.

"Sous l'influence du Rapport Draghi, la Commission européenne tant dans son projet de lignes directrices sur les concentrations que dans sa communication sur les abus d'éviction confirme sa volonté renforcée de prendre en compte les gains d'efficience."

Cette absence de prise en compte déterminante des gains d'efficience n'a rien de typiquement français. La Commission et les juridictions européennes rejettent régulièrement leur prise en compte déterminante[18]. Il en va de même dans les autres juridictions européennes à quelques cas exceptionnels près[19].

Pourquoi une telle situation ?

Les causes du rejet et l'évolution

C'est évidemment la complexité du test et en particulier la quantification des gains d'efficience ainsi que leur délai de réalisation qui rendent principalement extrêmement difficile l'acceptation des gains d'efficience par les autorités.

Les raisons avancées pour rejeter les gains d'efficience sont en général :

- Leur peu d'impact eu égard à la structure du marché,
- Leur insuffisance pour compenser les effets anti-concurrentiels[20],
- Leur caractère non spécifique à l'opération en matière de concentration[21],

- L'efficience au bénéfice des seules entreprises concernées et non de la collectivité[22],
- Les gains d'efficacité doivent bénéficier aux mêmes consommateurs qui subissent les atteintes à la concurrence[23], notamment dans un marché biface,
- L'incertitude sur leur délai de réalisation[24],
- Et surtout l'imprécision des données ne permettant pas la quantification du gain d'efficience[25].

Pourtant une évolution semble se dessiner.

Sous l'influence du Rapport Draghi, la Commission européenne tant dans son projet de lignes directrices sur les concentrations[26] que dans sa communication sur les abus d'éviction[27] confirme sa volonté renforcée de prendre en compte les gains d'efficience. Sans prétendre à l'exhaustivité, les points suivants peuvent être soulignés.

Ces textes fournissent de nombreux exemples de gains d'efficience, et incluent même dans le projet sur les concentrations les gains d'efficience « dynamiques » conférant la capacité ou renforçant l'incitation à investir ou innover dans des produits ou services nouveaux ou améliorés, ou dans l'amélioration de la distribution ou de la production.

S'agissant de la vérifiabilité des gains, la Commission indique attendre une quantification chaque fois qu'elle est raisonnablement possible, mais admet qu'à défaut les parties puissent se contenter d'établir la nature et l'ampleur des gains attendus, notamment pour les synergies non liées à des économies de coûts telles que le transfert volontaire de technologie.

Le projet et la communication énumèrent les éléments de preuve pertinents : documents internes contemporains établis dans le cours normal des affaires pour la décision de fusionner, plans d'intégration détaillant les synergies, annonces aux investisseurs, ainsi que des études indépendantes réalisées en amont, en particulier lorsqu'elles sont antérieures aux négociations.

Sur le bénéfice réservé aux consommateurs, la Commission élargit dans son projet la notion en distinguant les bénéfices liés à l'usage du produit, les bénéfices non liés à l'usage — tenant par exemple à une préoccupation environnementale ou à un souci de résilience — et les bénéfices collectifs profitant à une plus large part de la société, notamment en matière de durabilité[28] et de résilience des chaînes d'approvisionnement. Ces bénéfices collectifs et « hors marché » peuvent être pris en compte à condition que les consommateurs lésés se recoupent substantiellement avec les bénéficiaires des gains.

Enfin, le projet détaille la méthode de mise en balance des gains et des atteintes à la concurrence : lorsque les effets sont symétriques et portent sur le même paramètre de concurrence, la Commission recourt à des outils de quantification ; lorsque les effets sont asymétriques ou surviennent à des horizons temporels différents, elle procède à une appréciation par ordres de grandeur, en pondérant les effets futurs selon leur degré de certitude et les cycles d'innovation du secteur concerné.

Au niveau national, l'Autorité a pris une initiative très intéressante réservée à ce stade aux accords poursuivant un objectif de développement durable.

Elle a mis en place[29] un dispositif d'orientations informelles permettant aux entreprises et associations d'entreprises souhaitant adopter un comportement susceptible de relever du droit de la concurrence, dans le cadre d'un projet poursuivant un objectif de développement durable, de solliciter l'avis du rapporteur général avant sa mise en œuvre. Ce mécanisme *ex ante* vise précisément à répondre à l'incertitude probatoire qui dissuade les entreprises de se prévaloir de l'exemption au titre de gains d'efficience. L'Autorité y renvoie désormais de façon récurrente dans ses avis touchant à des enjeux de durabilité, qu'il s'agisse des systèmes de notation environnementale ou, plus récemment, du secteur des granulés de bois de chauffage, où elle a rappelé aux acteurs de la filière la possibilité de solliciter de telles orientations pour sécuriser des initiatives conjointes telles que la mutualisation de capacités de stockage ou d'importation.

Ce dispositif présente toutefois, en l'état, deux limites qui invitent à la prudence quant à sa capacité à corriger l'inefficience structurelle des gains d'efficience. En premier lieu, l'orientation informelle ne lie pas l'Autorité au fond et ne prémunit pas l'entreprise contre une qualification ultérieure d'infraction si les circonstances de fait diffèrent de celles exposées dans la demande. En second lieu, bien que les lettres d'orientation informelles soient rendues publiques par l'Autorité, leur nombre demeure limité à ce jour (cinq lettres publiées), compte tenu du caractère récent de ce dispositif.

L'enrichissement progressif de la pratique permettra de mieux apprécier la manière dont le Rapporteur général applique concrètement les conditions cumulatives évoquées précédemment aux projets qui lui sont soumis.

Perspectives

Une meilleure prise en compte des gains d'efficience par l'Autorité pourrait éventuellement se traduire par deux évolutions : un élargissement de la pratique des lettres d'orientations pour à tout le moins les secteurs mis en avant par le rapport Draghi (innovation notamment) mais aussi peut-être un complément d'explication sur l'appréciation des gains d'efficience via des lignes directrices notamment sur la quantification de ceux-ci et notamment pour les bénéfices non liés à l'usage du produit et pour ceux bénéficiant à la collectivité. Il serait sans doute également intéressant, pour en partie limiter les difficultés liées à la quantification des gains d'efficience et leur incertitude, de lier ces gains aux engagements comportementaux que les entreprises pourraient prendre pour sécuriser leur réalisation.

1 Article L. 420-4, I. 2° du code de commerce ou article 101 § 3 du TFUE.

2 CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark A/S, C-209/10, § 42 et suivants : « […] *il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.* »

3 Article L. 430-6 du code de commerce.

4 § 770 des lignes directrices de l'ADLC relatives aux concentrations.

5 § 774 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

6 § 777 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

7 § 779 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

8 § 780 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

9 § 781 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

10 § 782 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

11 ADLC, Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012, § 649 et suivants.

12 Conseil d'État, section du 6 octobre 2000, 216645.

13 ADLC, Avis n° 05-A-01 du 7 janvier 2005, § 127 et suivants.

14 ADLC, Décision n° 16-DDC-111 du 27 juillet 2016, § 495 et suivants.

15 ADLC, Décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, Prise de contrôle d'Imerys par la société Boyer-Leroux, § 181 et suivants.

16 ADLC, Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012, § 659 et suivants. Dans la décision relative à la distribution des produits Apple, l'Autorité a de même jugé que le mécanisme d'allocations ne répondait pas au critère d'indispensabilité, dès lors que d'autres moyens moins restrictifs - le système de prévisions de commandes déjà en place - permettaient d'atteindre le même objectif.

17 ADLC, Décision n° 25-D-02 du 31 mars 2025, Publicité sur les applications mobiles sur terminaux IOS, § 606 et suivants.

18 Commission européenne, déc. du 1er février 2012, M.6166, Deutsche Börse/NYSE Euronext, pt 527 ; Trib. UE, 9 mars 2015, T-175/12, Deutsche Börse : la Commission a interdit l'opération en raison de son incidence sur la structure du marché et sur l'innovation, bien que les parties aient invoqué des gains nombreux et chiffrés (réduction des coûts technologiques, synergies estimées à 400 millions d'euros, économies sur les garanties, augmentation des liquidités). Le Tribunal a confirmé cette analyse. Commission européenne, déc. du 28 juillet 2017, M.7932, Dow/DuPont : les parties invoquaient des gains d'efficience en matière d'innovation (économie d'échelle) et de propriété intellectuelle, mais la Commission les a rejetés en relevant notamment l'absence d'arguments et de preuve étayés. CJUE, 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P : le Tribunal, puis la Cour, ont considéré que l'examen de la Commission n'avait pas été suffisant pour établir un gain objectif.

19 CMA, décision Vodafone/CK Hutchison du 5 décembre 2024 : prise en compte de gains d'efficience accompagnée d'engagements comportementaux pour garantir la mise en œuvre d'un plan d'investissement, sinon incertain, sur une longue durée et engagements en matière de prix. De même, en Allemagne, certaines décisions ont pris en compte des gains d'efficience (amélioration des conditions de concurrence) sans même imposer des engagements.

20 ADLC, Avis n° 05-A-01, Dolisos/Boiron.

21 ADLC, Décision n° 10-DCG-11 du 26 janvier 2010, TF1/TMC-NT1.

22 Conseil d'État, 6 octobre 2000, Pernod Ricard/Orangina ; Lettre Ministre, 20 janvier 2003, Alliance Santé Distribution ; ADLC, Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, Fnac/Darty.

23 CJUE, 11 septembre 2014, C-382/12 P, MasterCard, § 242 : « *Ainsi dans le cas où, comme en l'occurrence des effets restrictifs ont été constatés sur un seul marché d'un système biface, les avantages découlant de la mesure restrictive sur un marché distinct connexe également associé au dit système ne sauraient à eux seuls être de nature à compenser les inconvénients résultant de cette mesure en l'absence de toute preuve de l'existence d'avantages objectifs sensibles imputables à ladite mesure dans le marché pertinent, notamment ainsi qu'il ressort des points 21 et 168 à 180 de l'arrêt attaqué, lorsque les consommateurs qui se retrouvent sur lesdits marchés ne sont pas substantiellement les mêmes.* »

24 ADLC, Avis n° 07-A-10 du 26 septembre 2007, Unibail.

25 Conseil d'État, 9 avril 1999, 201853, Coca Cola/Orangina.

26 La Commission y affirme d'emblée que « *les gains d'efficience démontrés joueront un rôle clé dans l'appréciation des opérations de concentration à l'avenir* », et que l'appréciation des gains d'efficience fait partie intégrante de son analyse de la compatibilité d'une opération avec le marché intérieur, au même titre que l'identification des effets anticoncurrentiels.

27 La communication C(2026) 6118 de la Commission du 3 septembre 2026 consacre une section spécifique à l'« efficiency defense » (§ 212 à 245)

28 Gain cité également dans la communication au titre des gains qualitatifs.

29 Communiqué de procédure du 27 mai 2024.